



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

KARLA SOARES DE AMORIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO
156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: atuação do juiz na
investigação probatória do inquérito policial**

Brasília

2009

KARLA SOARES DE AMORIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO
156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: atuação do juiz na
investigação probatória do inquérito policial**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Humberto Fernandes de
Moura

Brasília – DF

2009

A minha irmã Joscielle, pela atenção dada aos meus apelos.

Ao Adolfo, pelo carinho, força e ajuda.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado forças quando pensei que não mais seria capaz.

Ao meu orientador, Professor Humberto Fernandes de Moura, pela paciência e compreensão e pelo inestimável aprendizado, não só na presente monografia, como também em sala de aula e durante todo o curso de Direito.

Aos professores Marcus Vinicius Reis Bastos e José Carlos Veloso Filho, pela enorme contribuição em meu aprendizado.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a constitucionalidade do inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal (CPP), redação dada pela Lei n. 11.690/2008. Para tanto, analisam-se as principais características dos sistemas acusatório, inquisitório e misto. Busca-se também saber qual o posicionamento dos autores acerca do sistema adotado no Brasil. Para a realização de uma melhor análise, procurou-se estudar o conceito de verdade para o juiz no processo penal e os princípios norteadores de sua atuação na instrução probatória. Por fim, analisam-se os poderes instrutórios e investigatórios do julgador, o posicionamento da Suprema Corte acerca dos poderes investigatórios conferidos ao juiz e, ainda, as consequências do inciso I do art. 156 do CPP.

Palavras-chave: constitucionalidade; juiz; poderes instrutórios; processo penal; sistema acusatório; sistema inquisitório; sistema misto; verdade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO.....	7
1.1 Características gerais do sistema acusatório	7
1.2 Características gerais do sistema inquisitório	10
1.3 O sistema misto	11
<i>1.3.1 O posicionamento dos autores acerca do sistema misto.....</i>	<i>12</i>
2 A BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL	18
2.1 Verdade processual e verdade material	21
2.2 A atuação do juiz na busca da verdade real	24
2.3 Princípio do processo penal constitucional: devido processo legal.....	26
2.4 Princípios que limitam a atuação probatória do juiz.....	28
2.5 Princípios que autorizam a instrução probatória do juiz.....	44
3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 156 DO CPP	49
3.1 A redação do artigo 156, <i>caput</i>, do Código de Processo Penal existente antes da reforma processual.....	49
3.2 A incompatibilidade de investigação do juiz declarada pelo Supremo Tribunal Federal	54
3.3 Inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal	59
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende analisar a constitucionalidade do artigo 156, I, do Código de Processo Penal (CPP), redação nova dada pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Mais precisamente, se o Juiz pode exercer poderes investigatórios em face do sistema acusatório e da Constituição Federal (CF/88), que traz em seu bojo os princípios e garantias fundamentais de um estado democrático de direito. Veja-se o artigo objeto de análise:

Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Sendo assim, buscou-se estudar a diferença entre poderes instrutórios e poderes investigatórios do magistrado, qual o posicionamento dos autores sobre esse assunto e qual o sistema adotado pelo Brasil segundo os autores de processo penal.

Para a plena compreensão dessa pesquisa, este estudo foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo esclarece sucintamente o quadro histórico e as principais características dos sistemas acusatório, inquisitório e misto. Apresentando-se, ao final do capítulo, o posicionamento dos autores processuais penais sobre qual o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, apresenta-se uma breve análise sobre a busca pela verdade no processo penal, sendo que, dentro desse conceito, vislumbra-se a verdade processual. Ressalte-se que, para o juiz buscar a verdade processual, há que se respeitarem os princípios constitucionais que norteiam o comportamento do julgador.

O terceiro capítulo trata do posicionamento dos autores acerca dos poderes instrutórios do julgador e, por conseguinte, da ADI n. 1.570, de 22 de outubro de 2004, e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre os poderes investigatórios dado ao juiz. Ao final, analisa-se o inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal, sua inconstitucionalidade e o posicionamento dos autores.

A construção do texto foi baseada em diversos posicionamentos doutrinários, além do estudo da aplicação da lei e de interpretações jurisprudenciais.

Com efeito, apesar de o tema ser recente, uma vez que a lei que estabeleceu essa redação do art. 156, I, do CPP foi sancionada em 9 de junho de 2008, entrando em vigor no dia 10 de agosto de 2008, o trabalho, em essência, visa analisar a incompatibilidade desse inciso e dessa reforma parcial do Código de Processo Penal com a Constituição brasileira e o estado democrático de direito instituído por ela, bem como a posição adotada sobre o assunto.

1 SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

Na presente monografia será abordado o estudo dos sistemas acusatório e inquisitório para análise da inclusão do inciso I ao art. 156 do Código de Processo Penal. Eis o dispositivo legal:

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

1.1 Características gerais do sistema acusatório

O sistema acusatório tem sua origem no direito grego, no qual se desenvolve com a participação direta do povo no processo de acusação e julgamento. Para os delitos mais graves, vigorava o sistema de ação popular, sendo que qualquer pessoa podia denunciar (acusar) e, para os delitos menos graves, predominava a acusação privada.¹

Aury Lopes Júnior descreve a evolução do sistema acusatório no direito romano da Alta República, falando das formas que predominavam no processo penal da época: a *cognitio* era realizada pelo Magistrado, que tinha amplos poderes para esclarecer os fatos da maneira que entendesse. A *accusatio*, que surgiu no último século da República, e marcou uma profunda inovação no Direito Processual romano, tratando-se de *delicta pública*, onde a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp. 56-57.

Juiz, não pertencente ao Estado, órgão este que era representado por um voluntário da coletividade.²

De forma geral, as características do sistema acusatório original eram as seguintes:

- a) A atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da gestão da prova, atividade a cargo das partes;
- b) As atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) Adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;
- d) Estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais);
- e) A acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) Havia contraditório e direito de defesa;
- g) O procedimento era oral;
- h) Os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.³

Tempos depois, os juízes começaram a invadir a esfera da investigação, uma vez que a denúncia pública tornou-se alvo de intenções de vingança por parte dos particulares. O que era atribuição dos investigadores privados acabou por gerar a reunião em um mesmo órgão do Estado (magistrado) das funções de acusar e julgar.⁴

Este fato feriu a base do sistema acusatório, que desde aquela época tem como eixo principal a “inexistência de poderes instrutórios do julgador” e não se baseia somente por suas características acessórias, como a oralidade e publicidade, por exemplo.⁵

² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 57.

³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 57.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp. 57-58.

⁵ ROCHA, Rodrigo Mariano da. Sistema acusatório na obra de Pimenta Bueno: um necessário resgate. **Boletim Ibccrim**. São Paulo: IBCCRIM, ano 15, n. 177, ago./2007, p. 18.

Como os juízes à época começaram a usurpar as funções da acusação, que era feita de forma privada, Aury Lopes Júnior descreve da seguinte maneira a transição do sistema acusatório da República Romana para o sistema inquisitório:

A partir daí os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença. Isso caracterizava o *procedimento extraordinário*, que, ademais, introduziu a tortura no processo penal romano. E se no início predominava a publicidade dos atos processuais, isso foi sendo gradativamente substituído pelos processos a porta fechada. As sentenças, que na época Republicana eram lidas oralmente, desde o Alto Tribunal, no império assumem a forma escrita e passam a ser lidas na audiência. Nesse momento surgem as primeiras características do que viria a ser considerado como um sistema: o inquisitório.⁶ [grifo nosso]

O sistema acusatório original predominou até meados do século XII e, a partir daí, passou a vigorar o sistema inquisitório, que existiu até o século XVIII e foi abolido pelos movimentos sociais, mormente pela Revolução Francesa.⁷

Após a Revolução Francesa, no século XVIII, o sistema acusatório tomou como características; a produção probatória realizada pelas partes, sendo o Juiz apenas um terceiro imparcial. As partes possuem igualdade no processo, no que diz respeito ao procedimento, este por sua vez é oral, pelo menos em regra. Vigor nesse procedimento a regra da publicidade. Como meios de defesa prevalece o contraditório e a ampla defesa. No que se refere às provas, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz; existem, ainda, para manter a segurança jurídica, o princípio da coisa julgada, o duplo grau de jurisdição e a possibilidade que as partes têm de impugnar as decisões.⁸

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 58.

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 58.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.58.

1.2 Características gerais do sistema inquisitório

Com o sistema inquisitório, o juiz passa a produzir a prova e, conseqüentemente, a condenar, desaparecendo o triângulo processual, restando apenas Juiz e réu. Este último passa a ser “mero objeto de investigação”. O processo se transforma em procedimento investigatório.⁹

A principal característica do sistema inquisitório que se contrapõe ao modelo acusatório são as funções de investigar, acusar e julgar investidas numa mesma pessoa, ou seja, o juiz inquisidor. Afrânio Silva Jardim justifica essa contraposição de maneira histórica: “o sistema inquisitorial opõe-se ao sistema acusatório, como consequência da própria alteração estrutural da sociedade, encontrando campo fértil na Idade Média”.¹⁰

No sistema inquisitório não há a ampla defesa e o contraditório, visto que o acusado não é sujeito de direito, mas mero objeto de investigação. O sistema inquisitório surge com a insuficiência das partes em apresentarem provas e também com a possibilidade de o Magistrado abrir um processo *ex officio* para os casos de flagrante delito. Com isso, o juiz invadiu a esfera da investigação paulatinamente.¹¹

Em meados do século XIII, com o surgimento do Santo Ofício, instituído pela Igreja Católica, o sistema inquisitório se consolida com os atos da Inquisição: “quando o Cristianismo assume o status de religião oficial do império, a questão vira política [...]. Nesse contexto, a punição sai da esfera eclesial e legitima uma severa repressão”.¹²

⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42.

¹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 61.

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 63.

O método de investigação inquisitiva, aprimorou-se principalmente nas jurisdições eclesiásticas, posto que havia necessidade da repressão contra os “hereges”, as autoridades religiosas exigiam uma permanente vigilância sobre os fiéis, em busca do poder papal, o que acaba por harmonizar-se “com o propósito dos monarcas em submeter toda a sociedade ao seu controle”.¹³

No sistema inquisitório não há publicidade dos atos, não há oralidade no procedimento, existindo ainda o sistema de prova tarifada; a decisão do juiz não fazia coisa julgada e a regra era a prisão no curso do processo. Tudo isso em nome da busca da verdade real ou absoluta, que prevaleceu durante todo o sistema inquisitório.

Sobre esse ponto, Aury Lopes Júnior. é veemente:

Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real pode lançar mão da tortura, que se for bem utilizada conduzirá a confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas).¹⁴

Quanto ao processo, o sistema inquisitório se dividia em duas fases: a inquisição geral e a especial. Sendo a inquisição geral destinada a comprovar a autoria e materialidade, e a inquisição especial destinada à condenação e ao castigo.¹⁵

1.3 O sistema misto

O modelo acusatório inserido pela legislação revolucionária francesa, que era público e oral, e o sistema inquisitório que era secreto e escrito, resultou no sistema misto.¹⁶

¹³ GOMES FIHO, Antônio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 21.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp. 64-65.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 62.

O primeiro ordenamento misto foi o de Napoleão, em 1808, na França: *Code d'instruction criminelle*. O modelo misto caracterizou-se como inquisitivo na primeira fase (de investigação) e acusatório na segunda fase (processual propriamente dita). Logo após foi adotado pela Itália e, conseqüentemente, por toda a Europa, até chegar aos dias atuais.¹⁷

Esse sistema, reflexo da mentalidade autoritária e centralizadora, que foi instaurado após o golpe de estado de Napoleão Bonaparte, era dividido em dois procedimentos: a primeira fase era secreta, escrita e sem a participação da defesa. A segunda fase era discutida oralmente perante um júri, com contraditório, sendo os elementos obtidos de maneira pública.¹⁸

Assim, buscando conciliar os dois objetivos dos sistemas acusatório e inquisitório, quais sejam, o compromisso com a técnica inquisitória para uma melhor repressão dos delitos e a preservação dos direitos individuais, foi que se adotou o *Code d'instruction criminelle* de 1808.¹⁹

1.3.1 O posicionamento dos autores acerca do sistema misto

Aury Lopes Júnior defende ser o sistema misto falacioso, uma vez que continua existindo a presença marcante do modelo inquisitório no sistema.²⁰

Luigi Ferrajoli vê o sistema misto como um monstro:

¹⁶ GOMES FIHO, Antônio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 30.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 67.

¹⁸ GOMES FIHO, Antônio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, pp. 30-31.

¹⁹ GOMES FIHO, Antônio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 142.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.67.

[...] **monstro, nascido da junção entre o processo acusatório e inquisitório** [...] com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado de liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.²¹ [grifo nosso]

Essa comparação de Luigi Ferrajoli tem fundamento ao afirmar que, uma vez que serviu a Napoleão, um tirano, é porque seria um “mudar para continuar tudo igual”, pois ele, Napoleão, continuaria com o controle total por meio da fase inquisitiva.²²

Segundo Aury Lopes Júnior, o sistema misto “peca por insuficiência”, visto que, uma vez que os sistemas puros são tipos históricos, há de se considerar que o sistema misto precisa de um núcleo fundante, sendo esse o ponto “nevrálgico” da questão.²³

Esse núcleo fundante, ao contrário da mera separação entre as funções, baseia-se na gestão da prova, que é fundamental na decisão do juiz. Essa prova se perfaz justamente na fase inquisitória, residindo aí a fraude do sistema misto. O juiz decide com base na prova colhida em uma fase na qual o réu é mero objeto de investigação e essa decisão se disfarça sobre os argumentos do “corroborando a prova colhida no inquérito, cotejando a prova policial com a judicializada”.²⁴

Guilherme de Souza Nucci é um autor que adota a corrente de que o sistema brasileiro é misto. Assim, ele se posiciona da seguinte maneira:

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, pp. 521-522.

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 68.

²³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 68.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 68.

Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. [...] Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.²⁵

Afrânio Silva Jardim afirma ser o sistema processual penal acusatório moderno e ressalta a importância da criação do Ministério Público para isso:

Cabe concluir, dizendo que o nosso sistema processual penal, através do Ministério Público, conseguiu compatibilizar a indispensável neutralidade do Juiz com a busca da verdade material ou real, por meio de uma estrutura acusatória moderna, onde o Estado atua eficazmente, impedindo que o processo penal venha a se transformar em “coisa da partes” privadas.²⁶

Outros autores²⁷ seguem essa mesma corrente. Para Gustavo Henrique Badaró, a essência do sistema, seu núcleo fundante, é a separação dos poderes, não permitindo ao Juiz exercer o papel da acusação, “ter ou não este Juiz poderes instrutórios é algo que não diz respeito com a essência do sistema”.²⁸

Sobre o assunto, Ada Pellegrini afirma que o Juiz pode ter poderes instrutórios sem que isso venha a ferir o modelo acusatório: “o conceito de processo acusatório e de processo de partes – no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz – nada tem a ver com a iniciativa instrutória do Juiz no processo penal”.²⁹

Ressalta-se que esse pensamento é contrário ao de Aury Lopes Júnior, que acredita que a essência do sistema está na gestão da prova. Para esse autor, o sistema

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 117.

²⁶ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45.

²⁷ Nesse sentido, Júlio Fabrini Mirabete, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Eugênio Pacelli de Oliveira.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 113.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária**. São Paulo: n. 18, v. 1, jan. a jul./2005, p. 16.

brasileiro é inquisitório na essência, mesmo que ainda haja “alguns acessórios” que ajudam a “vestir” o sistema acusatório, mas mesmo assim não o transforma em acusatório.³⁰

Para o autor, a postura do juiz é um dos pontos relevantes na questão, uma vez que ele, no sistema acusatório, é um mero expectador, apenas se portando de modo imparcial quanto aos fatos. Já o sistema inquisitivo exige um juiz ator, que faz às vezes de instruir a punição.³¹

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro é inteligível que a Constituição adota o sistema acusatório, mas para alguns operadores do direito, não o sistema acusatório puro – o magistrado e professor Marcus Vinicius Reis Bastos; Geraldo Prado; Rogério Lauria Tucci, Tourinho Filho. Para esses autores, a principal justificativa se dá pelo fato de não ser puro, uma vez que o CPP tem ranços do inquisitorialismo, justificando-se até mesmo pela sua origem, que remonta à ditadura de 1941.

Sobre o sistema acusatório brasileiro não ser puro na sua forma, Geraldo Prado afirma que:

Se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos Tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece no Brasil, a *teoria da aparência acusatória*.³²

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 72.

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 72.

³² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 195.

Toda essa discussão sobre qual o sistema adotado pelo Brasil gira em torno de um fator precípua, que é a atuação do Juiz na gestão da prova, em face da busca pela **verdade real** no processo penal.

Convém, contudo, antes de adentrar-se à atuação do juiz na busca pela prova, retomar resumidamente os sistemas acusatório, inquisitório e misto. O primeiro sistema tem origem no direito grego, passando pelo direito romano, o sistema acusatório vêm sendo alvo de estudos por diversos doutrinadores, uma vez que esse sistema é a base do equilíbrio dos poderes exercidos ao longo da persecução penal.

O sistema acusatório é referenciado pelos doutrinadores e estudiosos do assunto como aquele mais coerente com os princípios democráticos, posto que congrega, em sua essência, o respeito à separação de funções, preservando o órgão julgador de se imiscuir em fases anteriores à formação do processo, bem como garante ao acusado a produção de sua defesa, consistindo este em um detentor de garantias e direitos.

O sistema inquisitório vem sendo lembrado como aquele típico de momentos em que a democracia ficava relegada a um segundo plano, visto que o referido sistema incorpora em uma única pessoa – o juiz – os poderes de investigar, acusar e julgar, afastando particularmente os princípios da oralidade, da publicidade e da ampla defesa, tornando-se o réu em mero objeto de investigação. Nesse sistema o juiz invade a competência do órgão com função precípua de acusar e fere a essência do sistema acusatório, que é a separação de funções.

Com o enfraquecimento do sistema inquisitório, frente aos movimentos sociais, o Estado não pretendeu perder o poder de controle sobre a sociedade, surgindo assim

o sistema misto, que é uma mescla dos sistemas inquisitório e acusatório. A principal característica do sistema misto é a predominância da inquisitividade na fase de investigação criminal – secreta, escrita e sem a participação do acusado – e a prevalência do modelo acusatório na fase processual – pública, oral e com contraditório.

Na realidade, busca-se com o estudo dos sistemas chegar à verdade real. Os caminhos percorridos para atingir esse objetivo passam, invariavelmente, pela discussão sobre a busca da prova, pela independência dos poderes do juiz e pelos princípios norteadores do direito.

Sendo o objetivo precípua dos sistemas a busca da verdade real, no caso a busca da verdade no processo penal, há que se conhecer os posicionamentos de doutrinadores, bem como a conceituação e diferenciação da verdade processual e material, a atuação do juiz na busca da verdade e os princípios norteadores do magistrado na busca dessa verdade, atendendo sempre aos ditames constitucionais. Assim, diante de todo o exposto, analisa-se no próximo capítulo a verdade no processo penal.

2 A BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Verdade, do latim *veritate*, significa realidade, conformidade com o real.³³

Nos dicionários pátrios, o conceito de verdade segue o significado latino, tendo-a ainda como coisa verdadeira; princípio certo.³⁴

No processo penal busca-se a verdade por meio das provas, que têm a função de reconstruir os fatos em apuração no processo, visando uma coincidência com os fatos históricos narrados. Essa é a “verdade dos fatos”, algo por vezes difícil ou até mesmo impossível de se constatar.³⁵

Tal busca pela verdade ocorre por intermédio de uma reconstrução histórica. Por este motivo, o juiz é comparado a um historiador, “ambos devem repetir um fato do passado, irrepetível e não diretamente conhecível”³⁶.

Marcos Alexandre Coelho Zilli realiza uma comparação sobre o juiz e o historiador, na qual afirma que, embora os dados concretos sejam o objeto do trabalho de ambos, no campo de atividades fáticas, o juiz está preso a limitações que o historiador desconhece.³⁷

³³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set.,2008, p. 433.

³⁴ FERREIRA, Aurélio Albuquerque de Holanda. **Miniauréliu Século XXI Escolar**: Minidicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 707.

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.289.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 29.

³⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 113.

Assim, a liberdade do juiz em buscar a verdade está limitada às indagações sobre aqueles fatos que uma ou outra parte aventou como relevante. Já o historiador desconhece qualquer barreira delimitatória. Ao contrário deste último, o juiz não pode agir livremente no acerto dos fatos, uma vez que está limitado ao que a lei reconhecer como eficácia probatória. O historiador pode deixar de proferir uma conclusão, caso ainda não tenha chegado à certeza. O juiz, inversamente, tem o dever de proferir uma decisão oficial, independentemente de ter chegado à certeza sobre os fatos.³⁸

De maneira epistemológica, a busca pela verdade se perfaz como uma problemática no processo penal, qual seja, o atingir essa **verdade**, eis o eixo da questão. Sobre o enfoque processual, a verdade está afeta ao ônus processual, tendo o juiz que, ao final do processo, atingir a **certeza**, mas normalmente encontra-se em estado de incerteza, por não ter sido possível atingir o convencimento verdadeiro dos fatos.³⁹

Mesmo reconhecendo a impossibilidade da verdade absoluta e incontestável no processo, não é possível abrir mão da busca da verdade. Partindo da premissa que o juiz precisa conhecer para dar uma decisão justa. Cabe analisar a diferença entre verdade e certeza, pois, mesmo sendo conceitos ligados, não se confundem.⁴⁰

Gustavo Badaró distingue esses conceitos:

O conceito de verdade é um conceito de relação. Um conhecimento é verdadeiro, quando há concordância entre o *objeto* e a sua “imagem” captada pelo *sujeito*. **A verdade é o reflexo fiel do objeto na mente,** é a adequação do pensamento com a coisa, porém, **não basta que um conhecimento seja verdadeiro, sendo necessário poder alcançar a certeza de que é verdadeiro.** É a questão do *critério da verdade*. **A certeza, portanto,**

³⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 113.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 19-20.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 25.

constitui a “manifestação subjetiva da verdade”, sendo um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição.⁴¹ [grifo nosso]

Concordando com o exposto acima, o autor Francisco das Neves Baptista afirma que se torna inviável um critério unívoco para conceituar a verdade, posto que vai depender do discernimento do sujeito que conhece e o objeto do conhecimento.⁴²

Para Marcos Alexandre Coelho Zilli, esse relativismo da verdade não impede a sua descoberta, quando diz que: “não se poderia conceber uma sentença justa que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos. A meta de busca da verdade deve estar explicitada, todavia, na idéia de certeza subjetiva”, ou seja, no convencimento do magistrado.⁴³

Badaró entende que, mesmo havendo distinções entre o historiador e o juiz na busca pela verdade, a verdade que ambos alcançam não é absoluta. Para o autor, tanto juiz quanto historiador atinge verdades relativas/aproximativas sobre o estudo fático. “A obtenção da ‘verdade plena’ configura, pois, um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de acerto regidos por um Estado de Direito”.⁴⁴

Portanto, é importante uma análise sobre a verdade processual e a verdade material, trazendo para este estudo também os limites legais para se atingir essa verdade. Quais as limitações do juiz na busca da verdade, a distinção de poderes instrutórios e inquisitivos do magistrado, o que o ordenamento constitucional resguarda, por se tratar de um

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 25-26.

⁴² BAPTISTA, Francisco da Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 203.

⁴³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 115.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 114.

sistema acusatório; quais poderes ferem o sistema acusatório adotado pela Constituição e quais normas autorizam o juiz em sua atuação probatória. Em suma, todos esses elementos para se chegar à análise da constitucionalidade do inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal.

2.1 Verdade processual e verdade material

Tradicionalmente, distingue-se a verdade formal da material ou real, afirmando-se que a verdade formal resulta do processo, mesmo que não venha a encontrar exata correspondência com os fatos; já a verdade material são os fatos ocorridos historicamente.⁴⁵

Outra distinção também é a de que a verdade formal é a verdade processual, sendo estabelecida por meio de provas e procedimentos probatórios, enquanto a verdade material, denominada verdade histórica, empírica, é aquela relacionada ao mundo dos fenômenos reais, sendo alcançada por diversos meios de prova.⁴⁶

Nessa dicotomia, a verdade formal aproveita-se do princípio dispositivo, que rege a atuação das partes na colheita da prova, uma vez que a verdade real é dirigida pela busca da prova material pelo Juiz.⁴⁷

Durante muito tempo, essa distinção sustentou-se por meio do argumento de que, no processo civil, se busca a satisfação de interesses patrimoniais disponíveis, enquanto o processo penal “era palco da luta entre o *jus libertatis* do indivíduo e o *jus puniendi* do Estado

⁴⁵ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set., 2008, p. 437.

⁴⁶ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set., 2008, p. 439.

⁴⁷ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set., 2008, p. 437.

[...], o que justificaria um menor grau de segurança no processo civil, compensada pela celeridade”.⁴⁸

Atualmente, a doutrina não mais ampara essa diferença, em virtude da natureza publicista do processo, sendo que o processo visa ao fim da pacificação social. Este é o entendimento tanto no processo civil como no penal, que para serem justos devem obrigatoriamente buscar o compromisso com a verdade.⁴⁹

Vale ressaltar que a ampliação dos poderes do julgador, conferindo a ele atuação probatória na investigação criminal, fere o princípio publicístico do processo.

Um exemplo de porque a doutrina vem tornando relativo o princípio da busca da verdade formal no processo civil está contido nos dispositivos do Código de Processo Civil (CPC), que impõem ao magistrado o dever de buscar a prova da verdade tanto quanto as partes. São os seguintes dispositivos:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.⁵⁰

⁴⁸ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set., 2008, p. 437.

⁴⁹ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Nucci, Liz Fernando de Morães Manzano, Marcos Alexandre Coelho Zilli.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p.106.

Cabe ao juiz, tanto de ofício como a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo. Sobre esse ponto de vista, Humberto Theodoro Júnior afirma que o CPC, não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude, visto que, se a parte tem a disposição da ação, que por sua vez só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo após este ajuizamento é oficial.⁵¹

Ainda, sobre a distinção da busca da prova no processo civil e no processo penal, Guilherme de Souza Nucci tem o seguinte posicionamento:

A realidade nos demonstra que o juiz, exercendo suas atividades em Vara Cível, tem nitidamente menor preocupação em produzir provas de ofício, especialmente quando cuida de interesses patrimoniais, aguardando a atitude positiva das partes nesse sentido. Por outro lado, na esfera criminal, ainda que o réu admita o teor da acusação, o juiz determinará a produção de provas, havendo um cuidado maior para não levar ao cárcere um inocente, visto que estão em jogo, sempre, interesses indisponíveis.⁵²

O autor também destaca que “a busca da verdade material não quer dizer a ilimitada possibilidade de produção de provas, pois há vedações legais que necessitam ser respeitadas, como, por exemplo, a proibição da escuta telefônica, sem autorização judicial”.⁵³

Em suma, toda verdade processual é uma verdade judicial, sendo que se trata de uma verdade cuja natureza é exclusivamente jurídica. Mesmo utilizando-se de critérios distintos, tanto o processo civil, quanto o processo penal buscam a verdade processual, uma vez que essa será sempre uma verdade reconstruída. Dessa forma, resta mais

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de conhecimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 452.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 107.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 107.

que claro, segundo a análise realizada, que tanto a verdade formal quanto a verdade material são verdades processuais, visto que reconstruídas.⁵⁴

Portanto, na busca dessa verdade processual, o juiz tem uma atuação mais ativa no processo penal e, como tal, lhe são atribuídos poderes nessa busca probatória. Poderes estes que são distintos conforme o sistema adotado pela Constituição. Esse será o objeto de estudo do tópico seguinte.

2.2 A atuação do juiz na busca da verdade real

A busca da verdade no processo está relacionada de forma estrita aos limites dos poderes instrutórios do juiz. Portanto, é necessária uma pequena distinção entre os poderes instrutórios e os poderes inquisitivos do juiz.⁵⁵

O poder inquisitivo consiste na busca de elementos de informação – prova – fora do processo, antes dele. Já o poder instrutório consiste no poder de buscar a prova, dentro do processo, no curso do processo. O poder inquisitivo é inaceitável quando realizado pelo juiz, uma vez que quebra o princípio da imparcialidade. O poder instrutório é recomendado por diversos ordenamentos jurídicos; fala-se em poder-dever do juiz, com o fim de que possa decidir melhor a causa que lhe é trazida à apreciação.⁵⁶

O poder instrutório do juiz nada mais é do que o poder-dever. Uma vez posta a ação em juízo, o juiz deve diligenciar, de ofício, a busca da verdade em favor de uma decisão justa. Arremate-se que o poder instrutório do juiz não substitui o poder inquisitivo das

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 294.

⁵⁵ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set., 2008, p. 443.

⁵⁶ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set., 2008, p. 443.

partes, mas antes, o complementa, uma vez que ao juiz incumbe o exercício da atividade probatória suplementar à iniciativa das partes, como assevera a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941.⁵⁷

Sobre o poder-dever do juiz na iniciativa instrutória, Marcos Alexandre Coelho Zilli complementa:

Este apuramento fático é, portanto, caracterizado por intermédio de iniciativas que, longe de exprimirem comportamentos reiterados, indicam atuação esporádica. De qualquer modo, a iniciativa estará voltada à busca e ao recolhimento de elementos úteis para o melhor acerto fático, tomando por base uma afirmação inicial delineada pela acusação. Não se trata, pois, de tarefa investigativa, mas sim, instrutória, razão pela qual será doravante denominada de iniciativa instrutória.⁵⁸

A participação ativa do juiz no processo é fundamental para que se dê plena efetividade à igualdade real entre as partes. Portanto, o poder de instrução do juiz nada mais é do que mandar proceder a diligências e atos necessários para a descoberta da verdade, resguardando um melhor acerto dos fatos.⁵⁹

Os poderes instrutórios do juiz não são ilimitados, conforme já mencionado. Eles respeitam a limitação imposta pelo estado democrático de direito, que busca fazer valer os direitos e garantias fundamentais. Para tanto, seguem-se os princípios inerentes ao devido processo legal, cuja obediência é fundamental para qualquer estado de direito e também para se obter um processo penal constitucional, conforme se verificará a seguir.

⁵⁷ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set., 2008, p.443.

⁵⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 117.

⁵⁹ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16.

2.3 Princípio do processo penal constitucional: devido processo legal

Toda atuação estatal deve estar norteada pelo respeito ao direito, entendido como produto do exercício da soberania popular, resultado do estado democrático de direito e, sobretudo, ao princípio da igualdade, sendo nesse sentido que o processo judicial, como instrumento de aplicação do direito, deve refletir.⁶⁰

Para tanto, como uma garantia fundamental, o devido processo legal encontra-se expresso na Constituição Federal em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O processo constitucional penal, sob o amparo do devido processo legal, possui um duplo aspecto, sendo o primeiro de forma material, no qual o princípio liga-se ao direito penal, significando que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra acusações infundadas do Estado.⁶¹

Já quanto ao segundo aspecto, de forma processual, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz sua inocência, bem como de o órgão acusatório, representando a sociedade, convencer o magistrado pelos meios legais da validade de sua pretensão punitiva.⁶²

A cláusula do devido processo legal é comumente conceituada como uma garantia constitucional, na qual ficam assegurados aos sujeitos processuais parciais o

⁶⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 130.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 96.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 96.

estabelecimento e o respeito a um processo judicial instituído por lei e conduzido por um juiz natural, independente e imparcial, sendo resguardado o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos e motivação das decisões judiciais. É nesse sentido que a cláusula foi incorporada no campo “dos direitos e garantias fundamentais”.⁶³

Portanto, coaduna-se a extensão de um devido processo legal, com um devido processo penal constitucional, no qual, além das regras já expostas, seriam exigidas outras, peculiares ao ramo do devido processo penal.

As regras do devido processo penal são: do acesso à justiça penal; do juiz natural em matéria penal; do tratamento paritário dos sujeitos no processo penal; da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ele inerentes; da publicidade dos atos processuais penais; da fixação do prazo razoável de duração do processo penal.⁶⁴

A importância do devido processo legal se constitui no fato de que o processo penal deve estar de acordo com todo o compromisso que lhe impõe a Constituição: suas garantias fundamentais, o estado democrático de direito, o sistema acusatório, os direitos humanos. Torna-se inviável falar em processo penal constitucional sem que se aborde o princípio base, que é o do devido processo legal.

No devido processo legal estão contidos os princípios que norteiam a atuação probatória do juiz e as orientações constitucionais e legais à iniciativa instrutória do julgador, limitando sua atuação. Assim, analisam-se os referidos princípios.

⁶³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 132.

⁶⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 132-133.

2.4 Princípios que limitam a atuação probatória do juiz

Tendo em vista que o tema abordado neste trabalho é a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, torna-se relevante conhecer os princípios que limitam a atuação probatória do juiz, uma vez que ocorreu a ampliação de sua atuação pelo mencionado dispositivo legal.

A concepção de estado de direito foi cunhada pela filosofia liberal como forma de oposição ao regime absolutista. Em sua estruturação, o estado de direito caracteriza-se pelo reconhecimento de que o poder é limitado por um direito natural, superior, imutável e universal, sendo constituído por um feixe de liberdades, que pré-existem a sua declaração solene e recobrem o campo da conduta individual.⁶⁵

Portanto, deve a iniciativa instrutória do julgador obedecer a forma e figura apropriadas, sob pena de se aproximar de modelos processuais ultrapassados. Há, pois, a necessidade de se observar os princípios do juiz natural, da imparcialidade, da obediência à presunção de inocência, do dever de motivar os atos decisórios, da duração razoável do processo, da obrigatoriedade de publicidade dos atos processuais, da licitude e da legitimidade das provas, do respeito à ampla defesa e do contraditório.⁶⁶

Todos esses princípios limitam a atuação do juiz, visto que são concernentes à obediência que o magistrado deve observar na instrução probatória, para não correr o risco de voltar à essência do modelo inquisitório, que dá poderes ilimitados ao juiz.

Quanto à regra do juiz natural, historicamente é associada à dupla garantia, qual seja: proibição de tribunais extraordinários e a vedação de transferência de competência

⁶⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 126.

⁶⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 134.

entre órgãos jurisdicionais de uma mesma instância. Essa tradição é repetida pela atual Constituição. Essa assertiva é verificada no exame do texto constitucional: “Art. 5º. [...] XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Ou seja, além de se proibir a criação de tribunais *pos facto*, veda-se também a transferência de competência posterior à prática delituosa.⁶⁷

Da previsão constitucional do juiz natural, inafastável por legislação infraconstitucional, em razão da previsão de competência estar estabelecida na própria Constituição, resultou a revogação ou a não aplicação de diversos dispositivos do CPP, quando em confronto com as normas constitucionais, como, por exemplo, o seu art. 26, que diz que o juiz iniciará a ação penal.⁶⁸

Analisando a aplicação do referido princípio, tem-se um julgado recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual reconheceu a nulidade dos julgamentos de recursos proferidos por câmara composta majoritariamente por juízes de primeiro grau.

IMPETRANTE: MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO – DEFENSOR PÚBLICO
 IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PACIENTE: TIAGO MORAIS DOS SANTOS EMENTA PROCESSUAL
 PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO
 PENAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ
 NATURAL. JULGAMENTO DA APELAÇÃO POR CÂMARA
 COMPOSTA MAJORITARIAMENTE DE JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU.
 NULIDADE. OCORRÊNCIA.

I – É nulo o julgamento de recurso de apelação por Turma de Tribunal composta, majoritariamente, de juízes de primeiro grau convocados, por violação ao princípio do juiz natural (Precedentes do STJ e do STF). II – *"Permitir que o julgamento em Tribunal de segundo grau se faça exclusiva*

⁶⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 135.

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 30.

ou majoritariamente por Juízes de primeiro grau convocados, no âmbito da Justiça Estadual ou Federal, significa retirar do jurisdicionado o seu direito fundamental de ser julgado pelo Juízo constitucionalmente competente, máxime se de julgamento criminal se cuida, espécie em que as garantias processuais são ainda mais apuradas e mais sofisticados os mecanismos legais de defesa." (HC 94.881/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 15/04/2008, acórdão ainda pendente de publicação).
 III – Acolhido o pleito de nulidade do julgamento do recurso de apelação, restam prejudicados, por ora, os demais pedidos. Ordem concedida.⁶⁹

Cabe ressaltar que um dos pilares do princípio do juiz natural, no que se refere à vedação do juiz ou tribunal de exceção, reside exatamente na tutela da imparcialidade do juiz. A regra da imparcialidade preocupa-se com as circunstâncias de fato e de direito que poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão. Para garantia dessa imparcialidade, o Código de Processo Penal regula, em seus arts. 252, 253 e 254, os casos de impedimentos, incompatibilidades e suspeição do juiz, respectivamente⁷⁰:

Art. 252 O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I– tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II– ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III– tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando– se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV– ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art.253 Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art.254.O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I– se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II– se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 100.426 - SP (2008/0035365-6). Relator: Felix Fischer. Julgado em 22 de abril de 2008. DJ, 09/6/2008, p. 1.

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 391.

III– se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV– se tiver aconselhado qualquer das partes;

V– se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI– se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Contudo, ao lado da imparcialidade, o juiz tem que ter independência, que consiste no estabelecimento de garantias que visem resguardá-lo, no desempenho de sua atividade jurisdicional, contra pressões externas, sobretudo aquelas de índole política.⁷¹

Ora, se existe uma regra, um princípio de imparcialidade, a participação do magistrado antes da formação do processo fere de morte essa limitação constitucional.

Nesse sentido, complementa Arruda Alvim:

Exerce o juiz a atividade desinteressada do conflito, equidistante dos interessados, e exclusivamente, subordinada à lei, daí serem os juízes, de um lado, submissos só à lei e, de outro, independentes, para que possam ser imparciais, bem como não de obedecer a regras preestabelecidas (procedimento preestabelecido), asseguradoras da imparcialidade.⁷²

Quanto ao princípio da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, encontra-se expresso na Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Esse princípio impõe ao poder público a observância de duas regras específicas referentes ao acusado. A primeira, com relação ao “tratamento” deferido ao réu, em que esse, em nenhum momento do *iter persecutorio*, poderá sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. A segunda regra específica se

⁷¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 139.

⁷² *Apud* ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, v. I, 1975, p. 39.

refere ao ônus probatório, uma vez que estabelece que todo o ônus da prova, relativa à existência do fato e sua autoria, devem recair sobre a acusação.⁷³

Ainda sobre o ônus probatório, dentro do princípio da inocência, no que diz respeito à defesa, cabe-lhe demonstrar eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, alegada na peça acusatória.⁷⁴

Quanto às regras de tratamento, deferido ao réu o princípio da inocência exerce função de grande relevância, “ao exigir que toda privação de liberdade, antes do trânsito em julgado, deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada”.⁷⁵

Novamente, a regra do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal compromete o sistema acusatório e os princípios constitucionais, sendo que, o juiz, ao agir de ofício na investigação criminal, fere o princípio da inocência, visto que a transferência do ônus da prova para a acusação (art. 129, I, CF/88), que faz parte da essência do sistema acusatório, proíbe ao juiz, visto ser esse quem irá julgar, de buscar a prova na fase de investigação.

Sobre a aplicação da presunção de inocência, que no processo penal se identifica como *in dubio pro reo*, Marcos Alexandre Coelho Zilli sustenta que: “A acepção probatória da presunção de inocência que toca profundamente a temática da iniciativa instrutória, [...] o discurso doutrinário é uníssono ao reconhecer como imperativa a absolvição na hipótese de persistência de dúvida na mente do julgador”.⁷⁶

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 37.

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 37.

⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 37.

⁷⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 148-149.

O princípio do *in dubio pro reo* limita a atuação do juiz na busca probatória, uma vez que esse prevalece sobre o *pro societate*, no caso de haver dúvida na mente do julgador. Nesses casos, não podendo o juiz realizar um poder instrutório probatório indefinidamente, *ad eterno*, vê-se obrigado a respeitar e aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

Já no que diz respeito ao dever do juiz de motivar os atos decisórios, tem-se o livre convencimento motivado do juiz, previsto expressamente na Constituição:

Art. 5º. [...]

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

No vigente sistema constitucional é inquestionável que uma decisão determinadora da produção de uma prova, independentemente de provocação das partes, deve atender a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões judiciais, a qual possui dupla garantia: política e processual.⁷⁷

Sob o enfoque da garantia política, a motivação abre caminho para o controle popular sobre a administração da justiça, limitando assim o exercício do poder jurisdicional, visto que vincula as decisões à legalidade, conferindo tanto a certeza do direito, quanto assegurando a obediência ao princípio da separação de poderes.⁷⁸

⁷⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 154-155.

⁷⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 156.

Já como garantia processual, a motivação permite averiguar se a decisão foi fruto de uma vontade de caráter pessoal do julgador. Nesse sentido, garante o resguardo da independência e impessoalidade do julgador.⁷⁹

Sobre o tema é importante registrar a disposição contida na recente Lei n. 11.690/2008, que impede o magistrado de fundamentar a condenação em material colhido unicamente na fase de investigação, com ressalva das provas antecipadas e não repetíveis – perícias técnicas –, previsão esta contida no art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.⁸⁰

No que diz respeito à duração razoável do processo, essa passou a ter previsão expressa no sistema constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 30 de dezembro de 2004, no art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Esse princípio limita a atuação probatória do juiz, quando objetiva resguardar a esfera da liberdade jurídica do cidadão contra persecuções penais demasiadamente prolongadas.

Esse direito fundamental da duração razoável do processo já estava expressamente assegurado nos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos

⁷⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 156.

⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 300.

(CADH), Pacto de São José da Costa Rica, recepcionados pelo art. 5º, §2º, da CF/88. Dessa forma, a EC n. 45/2004, não inovou com a inclusão do inciso LVXXVII ao artigo 5º, apenas seguiu a mesma diretriz protetora do CADH.⁸¹

É certo que dois fatores encontram-se conjugados no processo penal, o acerto da decisão proferida e a celeridade do procedimento, que porventura é empregado pelo Estado para fazer valer o seu poder-dever punitivo. Dessa forma, há que se buscar, na harmonia de forças potencialmente antagônicas, um desfecho para o conflito de natureza penal, qual seja, tanto temporalmente oportuno, quanto materialmente preciso, o que pressupõe um bom acerto fático.⁸²

O tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo e também da gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, sendo potencializada pela demora jurisdicional injustificada, “podendo sintetizar-se essa relação na constatação de que a pena é o tempo e o tempo é a pena”⁸³.

Aury Lopes Júnior ressalta a importância do entendimento brasileiro com o direito internacional dos direitos humanos acerca do princípio da duração razoável do processo:

Além de firmatário da CADH, o Brasil é passível de ser demandado junto à Corte Americana de Direitos Humanos, que previsivelmente “importa” muitos dos entendimentos do TEDH. Não tardará para que o Supremo Tribunal Federal comece também a lançar mão desse artifício doutrinário,

⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. São Paulo: RBCCRIM, n.65, ano 15, março/abril 2007, p. 221.

⁸² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 153.

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. São Paulo: RBCCRIM, n.65, ano 15, março/abril 2007, p. 213.

para adequação do sistema jurídico interno à nova diretriz ditada pelo direito internacional dos direitos humanos.⁸⁴

No que tange ao princípio da publicidade, um processo penal democrático, que se pretenda desvencilhar de formas totalitárias, é incompatível com a realização de atos processuais secretos. Nesses termos, também a publicidade atende à dupla função: processual e política.⁸⁵

Assim se permite que os sujeitos parciais tenham um maior controle sobre o processo no qual atuam diretamente como interessados. Dessa maneira, está-se cumprindo sua função processual; por outro lado, é permitido que o exercício do poder jurisdicional, parcela do poder estatal, também venha a ser controlado por quem é na verdade o titular originário de todo e qualquer poder: o povo. Cumpre-se assim sua função política.⁸⁶

O princípio da publicidade encontra-se expresso nos arts. 5º, LX, e 93, IX, da CF/88:

Art. 5º. [...]

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O referido princípio tem previsão também no CPC, art. 792: “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e

⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. São Paulo: RBCCRIM, n.65, ano 15, março/abril 2007, p. 222.

⁸⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 162.

⁸⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 162.

tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”.

Todavia, a publicidade é a regra, mas o legislador constitucional estipulou exceções, que ocorrem quando da preservação dos interesses sociais e públicos, ou quando a defesa da intimidade assim exigir.⁸⁷

Se o juiz, antes de iniciada a ação penal, requer de ofício a produção antecipada de provas, compromete o princípio da publicidade dos atos processuais, visto que a relação processual não se estabeleceu, deixando de dar conhecimento à defesa das medidas por ele requisitadas e afetando, por sua vez, a defesa do acusado, uma vez que na fase investigativa não há o contraditório.

Quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas no processo penal, esse respeita o estado democrático de direito, visto que a iniciativa instrutória do julgador não poderá recair ou fundar-se sobre provas obtidas ou inseridas no processo em desacordo com o direito.⁸⁸

A busca por uma verdade está limitada por ditames impostos em razão da obediência às regras iminentes a um estado de direito, sendo que, “o respeito almejado por um Estado é diretamente proporcional à legalidade dos meios por ele empregados para a dicção do Direito”.⁸⁹

⁸⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 163.

⁸⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 156.

⁸⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 157.

Ressalta-se que os limites da atividade probatória do juiz surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal, que conduz à valoração da forma dos atos processuais, enquanto garantias a serem respeitadas. “O cânon processual da admissibilidade pode ser sintetizado na seguinte negativa: uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”.⁹⁰

A doutrina não tem privilegiado a idéia de o juiz de ofício requisitar provas antes da instauração da ação penal, sempre limitando a atuação do magistrado aos princípios constitucionais garantidores do estado democrático de direito.

Os autores costumam diferenciar as provas obtidas mediante ofensa aos princípios processuais daquelas produzidas com violação dos preceitos fundamentais materiais. Das primeiras, têm-se as denominadas provas ilegítimas, pois sua inserção no processo desrespeita regras processuais, razão pela qual são passíveis de nulidade.⁹¹

Já a prova ilícita é aquela em cuja colheita houve infringência dos preceitos normativos materiais, consistindo em normas ou princípios constitucionais e também das leis protetoras das liberdades públicas e dos direitos à personalidade.⁹²

A prova ilícita é considerada pelo legislador constitucional como prova inadmissível, sendo vedada a sua integração ao processo, não podendo ser levada em consideração pelo julgador na formação de sua convicção.⁹³

⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 546.

⁹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 157.

⁹² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 157.

⁹³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 157-158.

A proibição de provas ilícitas está expressa no art. 5º, LVI, da CF/88 e no art. 157, *caput*, do CPP com a redação que lhe deu a Lei n. 11.690/2008, respectivamente:

Art. 5º. [...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, uma vez que a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.⁹⁴

No que se refere aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito a intimidade, privacidade e imagem (art. 5º, X, CF/88), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF/88), visto que, normalmente, são os mais atingidos durante as diligências investigatórias.⁹⁵

Contudo, a vedação constitucional é atenuada com base na teoria da proporcionalidade, admitindo-se uma prova ilícita como forma de demonstrar a inocência do réu. Tal atenuação funda-se no reconhecimento de que a condenação de um inocente feriria a lógica do direito penal, o que por sua vez promoveria a impunidade do verdadeiro culpado.⁹⁶

Resta claro que a iniciativa instrutória do julgador não poderá recair sobre provas proibidas, quer sejam ilícitas ou ilegítimas. Uma vez que a cláusula do devido

⁹⁴ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 303.

⁹⁵ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 303.

⁹⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 158.

processo legal impõe ao julgador o dever de observância do respeito aos direitos fundamentais.⁹⁷

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo nesse mesmo sentido:

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. **Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita.**⁹⁸ [grifo nosso]

No que se refere à garantia do contraditório e da ampla defesa, são direitos constitucionalmente assegurados no art. 5º, LV, da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A constante afirmação e negação, ínsitas numa marcha processual dialética, constituem fatores essenciais para que a busca por uma verdade seja de fato concretizada. Um processo sem obediência ao contraditório revela uma visão monocrática do plano real e, conseqüentemente, distorcida, que afasta assim o processo dos objetivos fundamentais da atividade jurisdicional penal.⁹⁹

⁹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 161.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n. 80948/ES. Relator: Néri da Silveira. Julgado em 07 de agosto de 2001. DJ, 19/12/2001, p. 1.

⁹⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 165.

O contraditório e a ampla defesa constituem limitações à instrução probatória do juiz, uma vez que, como o ordenamento constitucional segue o sistema acusatório, esse por sua vez obedece ao contraditório e à ampla defesa como meio de defesa pessoal e técnica da pessoa do acusado em prol do poder punitivo estatal.

Já no sistema inquisitório não existia a figura do contraditório e da ampla defesa, visto ser o réu mero objeto de investigação e, dessa forma, havia apenas um monólogo da parte acusadora. Em verdade, na fase investigativa não há a figura do contraditório pleno, há apenas o contraditório diferido; uma vez que o juiz passa a ter poderes de buscar a prova nessa fase, está-se constituindo um retrocesso histórico, sob pena de voltar ao modelo inquisitório.

O contraditório constitui essencialmente o direito de ser informado e de participar do processo. É o conhecimento completo de toda a acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra não pode haver segredo para a defesa, sob pena de violação ao contraditório¹⁰⁰. A seu turno, isso não acontece com a aplicação do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Atualmente a doutrina moderna “caminha a passos largos” no sentido de uma nova formulação do instituto, para incluir também nele o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, visando uma efetiva igualdade processual.¹⁰¹

Com grande relevância na abordagem relativa às provas, o contraditório é um dos princípios “mais caros ao processo penal”, vez que se constitui como verdadeiro

¹⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 185.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 33.

requisito de validade do processo, na medida em que sua não observância é passível até de nulidade absoluta se ocorrer em prejuízo do acusado.¹⁰²

No plano teórico, o contraditório e a ampla defesa são distintos, distinção tênue, mas possuem uma ligação íntima no plano concreto:

Defesa e contraditório estão indissolivelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.¹⁰³

Por sua vez, o contraditório, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como “pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal”. Dessa forma, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão, diante de todo aparato persecutório penal, encontra-se solidamente “encastelado” no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, visto ser o único caminho para a imposição de uma sanção de natureza penal.¹⁰⁴

A doutrina inclui no princípio da ampla defesa, a defesa técnica, que consiste na defesa feita por um advogado; a autodefesa consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses da defesa – interrogatório – e a defesa efetiva consiste na participação efetiva da defesa em todo o processo, sob pena de nulidade.¹⁰⁵

¹⁰² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 33.

¹⁰³ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 68.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 34.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 34-35.

Eugênio Pacelli de Oliveira acrescenta também, dentro do princípio da ampla defesa, o direito de aproveitar as provas ilícitas:

É possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu, até mesmo de provas obtidas *ilicitamente*, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível. E isto porque, além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar toda e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois, não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art.5º).¹⁰⁶

Assim, a iniciativa instrutória do julgador, circunscrita ao devido processo penal, deve respeito integral ao contraditório e à ampla defesa e, como decorrência desses princípios, devem os sujeitos parciais ter as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios ordenados pelo juiz e de pronunciar-se sobre seus resultados.¹⁰⁷

Diante dos princípios constitucionais que estruturam o processo penal, o STF vem evoluindo quanto ao conhecimento e aplicação desses princípios. Como resultado de uma aplicação do efetivo exercício de uma ampla defesa, a Suprema Corte elaborou duas novas súmulas de sua jurisprudência.¹⁰⁸

SÚMULA Nº 705 – A RENÚNCIA DO RÉU AO DIREITO DE APELAÇÃO, MANIFESTADA SEM A ASSISTÊNCIA DO DEFENSOR, NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DA APELAÇÃO POR ESTE INTERPOSTA.

SÚMULA Nº 707 – CONSTITUI NULIDADE A FALTA DE INTIMAÇÃO DO DENUNCIADO PARA OFERECER CONTRA-RAZÕES AO RECURSO INTERPOSTO DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, NÃO A SUPRINDO A NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO.¹⁰⁹

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 36.

¹⁰⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 167.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pp. 36-37.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas ns. 705 e 707. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumula>>. Acesso em: 26 set. 2009.

Todos os princípios abordados acima limitam a atuação do juiz, na medida em que vinculam a sua atuação aos preceitos constitucionais, basilares do estado democrático de direito. Na mesma linha constitucional, têm-se aqueles princípios que autorizam a instrução probatória, lembrando que a instrução difere da investigação, portanto a Constituição admite os poderes instrutórios.

2.5 Princípios que autorizam a instrução probatória do juiz

No processo penal o que vincula o juiz não é a demanda e nem o pedido de condenação, mas sim, o fato submetido a sua cognição. No que concerne à instrução probatória do juiz, um dos princípios que facilita o andamento processual é o princípio do impulso oficial.¹¹⁰

O referido princípio apregoa que, uma vez iniciada a ação penal, por iniciativa do Ministério Público ou do ofendido, deve o juiz movimentá-la até o final, em conformidade com o procedimento previsto em lei, proferindo decisão.¹¹¹

O princípio do impulso oficial liga-se basicamente aos princípios da obrigatoriedade e da indeclinabilidade da ação penal, que prevê o exercício da função jurisdicional até o final do processo, com sentença proferida, sem que o magistrado possa furtar-se a decidir, bem como proibindo a desistência da ação penal pelo Ministério Público.¹¹²

Com o princípio do impulso oficial, impede-se a “paralisação indevida e gratuita da ação penal”, sendo incompatível com o estado democrático de direito, visto que o

¹¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 37.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p.109.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 109.

processo fica em aberto, caso as partes não provoquem seu andamento, causando assim prejuízo para a sociedade, que deseja ter uma resposta à infração penal e, claro, ao réu, uma vez que consistirá em constrangimento para o ele.¹¹³

O princípio do impulso oficial encontra-se de maneira expressa no Código de Processo Penal, art. 251: “Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública” [grifo nosso].

Outro princípio é o da persuasão racional, que afirma ser o juiz livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente.¹¹⁴

Contudo, tal atividade do magistrado está contida no curso da ação penal, no qual o juiz busca o seu livre convencimento diante das provas produzidas em contraditório judicial, conforme o art. 155 do CPP. Ademais a liberdade do juiz em seu convencimento não dispensa a sua fundamentação ou explicitação, ou seja, “o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes eventualmente insatisfeitas possam confrontar a decisão”¹¹⁵.

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 109.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 299.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 299.

Só para efeito de esclarecimento, a exceção à regra da fundamentação está presente no Tribunal do Júri, onde os jurados decidem a causa livremente, sem apresentar suas razões. Vigor no Tribunal do Júri o princípio da íntima convicção.¹¹⁶

Sobre o presente princípio, o art. 155 do CPP dispõe em seu texto, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008: “**O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. [grifo nosso]

Outro princípio interpretado como autorizador da atuação probatória, particularmente no processo penal é o princípio da verdade real ou material, porque permite a gestão da prova pelo juiz na reconstrução dos fatos históricos no processo penal.

Depreende-se do excerto acima que o processo penal busca a verdade dos fatos, sendo essa uma verdade aproximativa, visto que histórica. Assim, constitui-se um mito a verdade absoluta, mesmo porque a busca pela verdade está restringida pela obediência aos regramentos de um estado democrático de direito.

Nessa incessante busca pela verdade no processo, tem-se a verdade processual e a verdade material, respectivamente aplicadas ao processo civil e ao processo penal. Aplicação esta que não mais prevalece no que se refere à distinção relativa à prova, visto que a doutrina moderna afirma que tanto o processo civil quanto o processo penal visam

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 110.

ao fim da pacificação social e, por sua vez, para serem justos devem buscar o compromisso com a verdade.

Resta claro que a verdade processual é uma verdade judicial, mesmo com critérios distintos, tanto o processo civil quanto o processo penal buscam uma verdade processual, sendo que essa verdade será sempre reconstruída.

Na busca da verdade real, o juiz atua de forma instrutória, realizando diligências suplementares ao poder probatório das partes. Esse poder instrutório é diferenciado do poder inquisitivo, em que o juiz atua fora do processo, antes mesmo da sua constituição. O poder instrutório do juiz é também denominado poder-dever, que busca a verdade para uma decisão justa. A participação ativa do juiz no processo é fundamental, para que se dê efetividade à igualdade real entre as partes.

Na vigência de um estado democrático de direito, o fim a que visa o processo penal, é um processo penal constitucional, com respeito às garantias fundamentais. Para tanto, o processo penal coaduna-se com o princípio do devido processo legal.

Nessa mesma esteira, o juiz encontra-se frente aos princípios constitucionais e legais que limitam a sua atuação probatória e também princípios que resguardam essa atuação probatória, de maneira que também resguardam o poder instrutório judicial.

Dentro desse contexto de busca pela verdade, poder instrutório do juiz, princípios constitucionais que preservam as garantias fundamentais do indivíduo, conquistadas pelo estado democrático de direito, devido processo penal constitucional em consonância com o devido processo legal, tudo isso vem corroborar a idéia de um juiz

instrutor e não um juiz inquisidor, conforme apregoa a nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008, que aderiu o inciso I ao art. 156 do Código de Processo Penal.

A referida aderência do inciso I ao art. 156 do CPP (redação dada pela Lei n. 11.690/2008) vai de encontro às conquistas constitucionais até então ratificadas pelos Tribunais Superiores e por toda sociedade em prol da dignidade da pessoa humana, em especial do acusado, sujeito processual de direitos e não mais mero objeto processual como no tempo em que prevalecia o sistema inquisitório.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 156 DO CPP

Para tratar da constitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, analisa-se a redação anterior à Lei n. 11.690/2008, lei esta que inseriu o inciso I ao presente artigo, e o posicionamento dos autores no que concerne ao poderes instrutórios do juiz. Aborda-se também o estudo da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do art. 3º da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, para poder concluir e ratificar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo citado, que se encontra nos mesmos moldes.

3.1 A redação do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal existente antes da reforma processual

Para melhor compreender a pretensão do objeto da presente monografia, qual seja, a análise da inconstitucionalidade do inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei n. 11.690/2008) é preciso analisar a redação anterior desse dispositivo legal, antes da entrada em vigor da reforma parcial – agosto de 2008 – e o posicionamento dos autores acerca do conteúdo desse artigo. Segue a redação do artigo 156, *caput*, ora mencionado:

Art. 156 A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o Juiz poderá, **no curso da instrução ou antes de proferir sentença**, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. [grifo nosso]

Essa redação, que ensejava a persecução instrutória do juiz é defendida por Ada Pellegrini, que faz uma breve análise dos modelos *adversarial system* e *inquisitorial system*. Sendo que *adversarial system* é o modelo no qual predomina a iniciativa das partes na condução do processo e na produção das provas. Ao passo que a forma *inquisitorial system* é

o modelo em que, após a propositura da demanda, o processo desenvolve-se pelo impulso oficial.¹¹⁷

A autora afirma que esses modelos não interferem no sistema acusatório. Assim, ela realiza uma distinção de características entre esses modelos, sendo que o *adversarial system* caracteriza-se pela “predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas” e o *inquisitorial system* indica que essas atividades “recaem de preferência sobre o Juiz”.¹¹⁸

Para uma melhor compreensão do conteúdo do art. 156, antes e depois da reforma processual, esclarece-se que a redação dada ao novo inciso, que se aderiu ao artigo: “I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei n. 11.690 de 2008)”, segue o sistema inquisitivo, trazendo um juiz inquisidor e investigador. Ao passo que, a antiga redação apresentada no início deste capítulo tratava apenas do juiz instrutor.

Sobre a análise do juiz instrutor e investigador, Marcos Alexandre Coelho Zilli, explica:

Ora, como se sabe, **investigar e instruir são fenômenos diversos**. O primeiro concentra as energias para a construção de uma acusação de modo que o sujeito que a conduz dificilmente deixará de ficar a ela vinculado. Diferente é o fenômeno da instrução. Aqui, pelo experimento probatório, examina-se a veracidade, ou não, de uma imputação que foi apresentada por um sujeito invariavelmente diverso do julgador. Todos participam desse experimento. Uns de forma prevalente – as partes –, outros apenas em caráter

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária**. São Paulo: Ministério da Justiça, n. 18, v. 1, jan./jul. 2005, p. 16.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária**. São Paulo: Ministério da Justiça, n. 18, v. 1, jan./jul. 2005, p. 16.

suplementar – juiz ou jurados –, desde que informados pela necessidade de melhor aclarar os fatos.¹¹⁹ (grifo nosso)

O processo acusatório é publicista e, portanto, pode seguir o modelo *adversarial system* do direito anglosaxão, ou simplesmente o *inquisitorial system* do direito europeu. “O conceito de processo penal acusatório não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo”.¹²⁰

Ressalta-se que essa posição é contrária à idéia do autor Aury Lopes Júnior¹²¹, uma vez que esse tem o posicionamento totalmente contrário ao juiz instrutor e mais ainda ao juiz inquisidor. Para ele, o que define um sistema é o núcleo fundante na gestão da prova, que não pode estar nas mãos do juiz, contaminando esse e todo o sistema, o qual deixa de ser acusatório e se torna inquisitório.

Ada Pellegrini Grinover defende a antiga redação do art. 156 do CPP, com vistas a uma melhor decisão para atingir a paz social, com a efetividade jurisdicional e também para suprir a “omissão da parte na instrução do feito que é freqüentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou culturais”.¹²²

Guilherme de Souza Nucci também é a favor da instrução probatória pelo juiz no curso do processo:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem a verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e

¹¹⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. **Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, julho/2008, p. 2.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária**. São Paulo: Ministério da Justiça, n. 18, v. 1, jan./jul. 2005, p. 23.

¹²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 72.

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária**. São Paulo: Ministério da Justiça n. 18, v. 1, jan./jul. 2005, p. 19.

razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação, de beneficiar com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não.¹²³ [grifo nosso]

Já na visão de Eugênio Pacelli, deve prevalecer o respeito ao sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 – acusatório – que, ao designar atribuições do juiz e do Ministério Público, norteou o limite de atuação de ambos para manter a imparcialidade do juiz.¹²⁴

Nesse ponto, o autor posiciona-se a favor da antiga redação do art. 156, mas com algumas ponderações. Que a atuação concreta do juiz na causa se dê não de maneira persecutória, em substituição ao Ministério Público, “de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo”. Já no que diz respeito à defesa, o juiz deve agir de ofício, para dar efetividade à garantia da igualdade material de armas no processo. “Provas não requeridas pela defesa, poderão sê-las de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu”.¹²⁵

Afrânio Silva Jardim comenta sobre a intervenção do juiz na instrução probatória, apenas alegando que pode haver um “esmorecimento” da parte em demonstrar a veracidade dos fatos. E ainda acrescenta que: “A realidade prática demonstra a ânsia com que as partes se lançam em busca de suas provas, mesmo porque elas sabem que o Juiz, por razões diversas, nem sempre tem condições materiais de investigar o ponto duvidoso”.¹²⁶

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 364.

¹²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.332.

¹²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 332-333.

¹²⁶ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 204.

Sobre a instrução probatória do juiz, que está demonstrada na redação do artigo 156, *caput*, anterior à reforma processual, objeto de estudo deste tópico, e que também está contemplada no mesmo artigo, mas agora, após a reforma processual, no inciso II do Código de Processo Penal: “Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II–determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, é fato entre os autores ora analisados, e, como tal, constitui regra geral como ponto em comum no processo penal, que, para não ocorrer a quebra da imparcialidade, o juiz deve agir de maneira suplementar na instrução probatória.¹²⁷

Depreende-se de todo exposto que o modelo acusatório garante uma maior eficiência no processo dialético do processo penal, mormente no que se refere às garantias do acusado no aspecto probatório. Não interferindo no modelo acusatório o fato de o juiz poder agir na instrução probatória de ofício, mas sim representando um ganho no “acertamento dos fatos”.¹²⁸

Assim, sendo o julgamento uma contraposição de fatos, quanto maior o número de informações para lhe dar sustentação melhor, uma vez que a “atividade probatória do Juiz não pode ficar confinada a uma excepcionalidade, mas deve ser perseguida toda vez que há perspectiva da descoberta de um novo dado idôneo a convalidá-la ou contrariá-la”.¹²⁹

Ressalta-se que o poder de instrução probatória do juiz não é simplesmente ilimitado, há “balizadores” nessa atuação: o poder-dever de observar o contraditório, a

¹²⁷ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Guilherme de Souza Nucci, Alexandre Marcos Coelho Zilli, Luís Fernando de Moraes Manzano.

¹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 115-116.

¹²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 116.

obrigatoriedade de motivar suas decisões, os limites da licitude, seja ela material ou de forma “legítima (processual) da provas”.¹³⁰

Tecidas essas considerações, cuidar-se-á dos poderes investigatórios/inquisitivos conferidos ao juiz pelo art. 3º da Lei n. 9.034/1995, lei de crime organizado, e sua inconstitucionalidade declarada no Supremo Tribunal Federal.

3.2 A incompatibilidade de investigação do juiz declarada pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.034/1995, lei de crime organizado. Essa lei dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O art. 3º coloca o juiz na função de colher elementos necessários ao esclarecimento da verdade real, ainda na fase persecutória, ou seja, quando ainda não existe um ação penal.¹³¹

Ressuscitando o juiz inquisidor, o referido artigo preceitua:

Art. 3º. Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, **a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz**, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. [grifo nosso] (Vide Adin n. 1.570-2).

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º **O juiz, pessoalmente**, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.[grifo nosso]

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária**. São Paulo: Ministério da Justiça, n. 18, v. 1, jan./jul. 2005, p. 20.

¹³¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p.47.

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

Conforme disposto no *caput* do art. 3º, as normas impugnadas disciplinam a diligência a ser realizada pelo juiz nas hipóteses previstas no §2º, III, vislumbra-se:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Desse modo, sob o “pretexto” de resguardar o sigilo decorrente da preservação constitucional da intimidade, determinou o legislador que o acesso a dados fosse efetivado pessoalmente pelo juiz, a quem caberia, ainda, lavrar um auto circunstanciado, a ser conservado fora dos autos e em local seguro, sem a intervenção do cartório ou dos serventuários.¹³²

Resta claro aqui a existência do exercício de uma atividade investigativa, que é mais consentânea com a função do órgão encarregado de formular a acusação – o Ministério Público – o *dominis litis* da ação penal pública.¹³³

¹³² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 48.

¹³³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 48.

Depreende-se do excerto que a atuação do juiz, nessa lei, afronta o sistema acusatório, pilar de um estado democrático de direito, no qual a figura do juiz deve estar distante e separada das partes, resguardando a sua imparcialidade.¹³⁴

Constitui-se a imparcialidade do juiz em um elemento integrante e indispensável da estrutura do sistema acusatório, pois ele não deve “imiscuir-se” na atividade de colheita do material probatório antes de ter provocada sua jurisdição. A instrução que é realizada pelo juiz no curso do processo, “não pode autorizar o intérprete a pensar que o Juiz pode procurar e colher provas no curso de uma investigação policial”.¹³⁵

Conforme leciona Luiz Flávio Gomes sobre a exteriorização da vontade do legislador nessa lei:

O que o legislador responsável pela lei 9.034/95 quis foi, da noite para o dia, implantar (no nosso país) o sistema inquisitório de triste memória, isto é, nos albores do século XXI, seu desejo é o de que a praxe judicial seja a da Idade Média. Esse retrocesso constitui mais uma prova de que o poder político achava-se, às vezes, desenganadamente perdido frente ao fenômeno da criminalidade, principalmente organizada. Não sabe o que fazer e acaba por estabelecer em lei o que está no âmago mais recôndito da nossa herança primitivista-atávica (poderes inquisitivos). Em pleno Estado Constitucional e Democrático de Direito, tentar restabelecer uma praxe medieval denota o primitivismo com o qual, em algum momento, se lida com esse grave problema social e comunitário que se chama “crime”.¹³⁶

Ainda, a par de tais considerações, outro resquício inquisitório da referida lei repousa no exagerado trato da restrição da garantia da publicidade dos atos processuais. “Afinal, o respeito intransigente do devido processo legal é fator mais do que indispensável a

¹³⁴ GRANDIS, Rodrigo de. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime? **RBCCRIM**. São Paulo: RT, n. 71, 2008, p. 259.

¹³⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 48.

¹³⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 183.

toda e qualquer iniciativa instrutória”. Sobre esse aspecto, não se vislumbra uma busca de dados efetuada pessoalmente pelo juiz que não seja acompanhada pelos sujeitos parciais.¹³⁷

Com efeito, tampouco se admite qualquer limitação de acesso ao resultado de diligência, representado pela lavratura do respectivo auto. Como é sabido, o sigilo que deve ser preservado serve para terceiros não envolvidos no processo e não evidentemente aos sujeitos parciais, que devem tomar parte e diretamente acabam sofrendo os efeitos da tutela jurisdicional.¹³⁸

Os poderes outorgados ao juiz na apuração das atividades relacionadas às organizações criminosas teriam rompido com a pureza de um processo penal acusatório, abraçado pelo legislador constituinte. A separação equilibrada de poderes entre os vários sujeitos processuais constitui o marco fundamental de um processo penal acusatório. Como decorrência lógica desse equilíbrio, não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e o julgador, exercendo, cada qual, os poderes inerentes a suas funções.¹³⁹

Bem esclarece Marcos Alexandre Coelho Zilli:

Assim, quando o Juiz se põe a apurar um fato, não limitado ainda pela descrição formalizada que se subsume a uma previsão típica, ilícita e culpável, acaba por desviar-se do papel a ele originariamente traçado, qual seja, de aplicação do direito e de soluções dos conflitos penais, imiscuindo-se na atividade que se esperaria fosse exercida, apenas, pela acusação, o que acaba aproximando o quadro daquele de inspiração inquisitória.¹⁴⁰

¹³⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios inquisitórios na lei 9.034/1998. **RBCCRIM**. São Paulo: RT, n. 46, 2004, p. 191.

¹³⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios inquisitórios na lei 9.034/1998. **RBCCRIM**. São Paulo: RT, n. 46, 2004, p. 191.

¹³⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios inquisitórios na lei 9.034/1998. **RBCCRIM**. São Paulo: RT, n. 46, 2004, p. 177.

¹⁴⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios inquisitórios na lei 9.034/1998. **RBCCRIM**. São Paulo: RT, n. 46, 2004, p. 186.

O malsucedido art. 3º da lei ora criticada foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)- no Supremo Tribunal Federal :

ACÇÃO DIRETA DE INCONST ITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes.

Ação julgada procedente, em parte.¹⁴¹

O ministro relator da ADIn, Mauricio Corrêa, em seu voto, se pronunciou explanando da importância de se assegurar o princípio do devido processo legal, visto que, quando não obedecido, afeta a imparcialidade do juiz, trazendo-o ao envolvimento psicológico com a causa. “Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”.¹⁴²

Também comenta do §2º no art. 3º que dispõe “que o magistrado relatará as informações colhidas e promoverá a anexação de cópias autenticadas dos documentos que

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 1570-2. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. DJ, 22/10/2004, p. 46.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 1570-2. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. DJ, 22/10/2004, p. 46.

tiverem relevância probatória”. Para o ministro, esse dispositivo exige do julgador um juízo de valor quanto aos meios probantes, o que afetará sua apreciação subjetiva no momento da sentença. Nesse ponto, conclui dizendo que a lei equiparou o juiz às partes, o que é inadmissível no sistema judiciário vigente no País.¹⁴³

O então ministro também argumentou que referida legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas do Ministério Público e das polícias Federal e Civil. Afirmou que a lei, ao outorgar essas atribuições ao julgador, subtraiu dessas instituições tradicionais de nosso sistema constitucional: “atribuições típicas das esferas de suas ações, subvertendo princípios e gerando descrédito não só as pessoas em si que as integram, mas sobremaneira ao conceito e prestígio delas mesmas”.¹⁴⁴

Diante do exposto, uma vez analisados os temas correlacionados com a matéria proposta pela presente monografia, cuida-se agora do estudo da incompatibilidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal (nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008) com a Constituição Federal de 1988.

3.3 Inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal

A nova redação do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal (dada pela Lei n. 11.690/2008) vai de encontro com a Constituição Federal e o sistema acusatório vigente adotado por ela. Como se vê:

Art. 156 A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 1570-2. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. DJ, 22/10/2004, p. 46.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 1570-2. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. DJ, 22/10/2004, p. 46.

I– **ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas** consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; [grifo nosso]

II– determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do “reparto judicial justo”.¹⁴⁵

Enfrentando esses resquícios inquisitórios como o inciso I, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios torna-se incompatível com a função do julgador. Segundo essa decisão; se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador.¹⁴⁶

Esse poder investigatório do julgador constitui uma violação do direito ao juiz imparcial, consagrado no art. 8º. da Convenção de Direitos Humanos (CADH), Pacto de San José:

Artigo 8º Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [grifo nosso]

A nova redação inserta no inciso I do art. 156 do CPP consagra o juiz instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos.

¹⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? **Boletim Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 10.

¹⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? **Boletim Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 10.

“Decide primeiro a partir da prova que ele constrói e, depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formalizará essa decisão”.¹⁴⁷

Aury Lopes Júnior realiza o seguinte comentário acerca dos poderes instituídos ao juiz pelo famigerado inciso I do artigo 156 do CPP:

Imaginem tais poderes nas mãos de algum juiz-justiceiro, titular de uma vara “especializada (de combate a)”, para compreender-se o tamanho do problema e o grave retrocesso de tal disposição legal. **Perde-se um juiz e se ganha um inquisidor. Um bom negócio, sem dúvida... resta saber para quem e para quem.**¹⁴⁸ [grifo nosso]

Como se nota, o inciso ora estudado mostra-se inconstitucional, visto que, de modo “escancarado” rompe com o devido processo legal, formal e substancial. Esse também malsucedido inciso I, como o art. 3º da Lei n. 9.034/1995, é no fundo um anseio punitivo, que pauta e motiva as reformas parciais, e é por isso que o país continua assim: “porque se reforma e se reforma para não mudar nada, seguindo na crença que se melhora com mais pena, mais prisão, mais punição”.¹⁴⁹

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho propõe uma solução quanto à insuficiência da reforma parcial realizada em 2008 do Código de Processo Penal:

Necessário, portanto – e mais que isso, *urgente* –, é ousar pensar em uma reforma global, o que significa dizer: *um novo Código de Processo Penal*. Se ele não vier, pelas razões de sempre – a serviço de alguma ideologia – fatalmente se poderá, já em curto espaço de tempo, conferir-se os resultados alcançados com estas questionáveis *reformas parciais*, desde logo com cheiro de “mesma coisa”, por sinal, algo que pode ser feito, hoje, com as leis dos Crimes Hediondos, RDD e toda a gama incoerente de uma legislação

¹⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? **Boletim Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 10.

¹⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? **Boletim Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 10.

¹⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, pp. 12-13.

puramente repressivista, a qual elege alguns, engana outros e faz sofrer todos.¹⁵⁰

Adentrando nessa seara, Andrey Borges de Mendonça também faz parte da gama de autores que proclamam a inconstitucionalidade do “malfadado” inciso I. Para ele é “claramente inconstitucional a autorização conferida ao Juiz para determinar, de ofício, a produção antecipada de provas *antes* do início da ação penal”.¹⁵¹

Haja vista que, no contexto do referido inciso, ainda não há sequer uma ação penal instaurada, nem mesmo acusação formal veiculada, não pode o Magistrado violar a sua inércia, atuando como um verdadeiro juiz-inquisidor. De tal maneira que, se agir assim, estará o magistrado se antecipando à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, o Ministério Público, e usurpando as funções desse.¹⁵²

Vale ressaltar que há decisão recente no STF sobre a legitimidade do Ministério Público em atuar na investigação criminal, ratificando assim a impossibilidade absoluta do juiz presidir uma investigação criminal.

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior

¹⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 13.

¹⁵¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p.164.

¹⁵² MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p.164.

hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.¹⁵³

Uma vez que o juiz determine a produção de provas de ofício na investigação criminal, poderá estar se vinculando psicologicamente à causa, assim como antecipando eventual entendimento sobre o caso. “Ademais, seria impossível ao Magistrado coletar a prova sem que antes estivesse delimitado o *thema probandum* que somente se saberá com o oferecimento da denúncia”.¹⁵⁴

Assim, conclui Andrey Borges de Mendonça ratificando a inconstitucionalidade do referido inciso:

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n. 91661/PE-Pernambuco. Relator: Ellen Gracie. Julgado em 10 de março de 2009. DJe-064, 03/4/2009, p. 279.

¹⁵⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p.165.

É impossível ao magistrado determinar de ofício a realização de prova antecipada antes do início do processo, sob pena de violação ao sistema acusatório e aos princípios da inércia e do devido processo legal, em virtude da mácula à imparcialidade do juiz. Em síntese, estamos diante de um retrocesso, verdadeiramente inconstitucional, por se tratar de um retorno ao juiz inquisitivo”.¹⁵⁵ [grifo nosso]

A seu turno, Eugênio Pacelli também argumenta sobre a inconstitucionalidade do inciso: “O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente. O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação”.¹⁵⁶

Para o autor, também deve ser declarada a inconstitucionalidade do referido inciso, conforme foi o art. 3º da Lei n. 9.034/1995. “Inconstitucional a mais não poder a nova regra do art. 156, I, CPP, e tal como ocorreu com o art. 3º da Lei 9.034/1995 (organização criminosa), deverá ter a sua invalidade afirmada na Suprema Corte”.¹⁵⁷

Já no que diz respeito ao inciso II do art. 156, que afirma que o juiz pode determinar de ofício “no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, essa previsão não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei n. 11.690/2008 apenas reproduziu o que era o *caput* do art. 156, antes da entrada da lei em vigor (já estudado no item 3.1).

Observa-se que esse inciso II faz referência ao poder instrutório do juiz, que se encontra em consonância com a Constituição Federal e o sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico. Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade.

¹⁵⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal:** comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p. 165.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 296.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 296.

Num processo publicista, o papel do juiz é ativo, causa esta do impulso oficial. E a finalidade social da jurisdição é pacificar com justiça.¹⁵⁸

Para ratificar a incompatibilidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, tem-se o anteprojeto do código em tela, criado na forma do Requerimento n. 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos ns. 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente ns. 11, 17 e 18, de 2008, cujo relator-geral é Eugênio Pacelli de Oliveira e o coordenador da comissão é o ministro Hamilton Carvalhido.

Logo na sua exposição de motivos depreende-se as garantias do estado democrático de direito:

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. **A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público.** A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão *transindividual*, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. **Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.** Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária**. São Paulo: Ministério da Justiça, n. 18, v. 1, jan./jul. 2005, p. 24.

que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação.¹⁵⁹ [grifo nosso]

O art. 4º do anteprojeto expurga do ordenamento jurídico o juiz inquisidor:

Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

É fato que esse artigo revogará o famigerado inciso I do artigo 156 do CPP, caso até sua entrada em vigor, já não tenha sido declarada sua inconstitucionalidade. Dessa forma, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro está em evolução. A sociedade, apesar de alguns poucos, encontra-se em amadurecimento e reconhecimento dos valores inerentes à condição de simplesmente se ser humano antes de qualquer imputação.

¹⁵⁹ BRASIL. Senado Federal. Reforma do Código de Processo Penal. Comissão de Juristas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/novocpp>>. Acesso em: 26 set. 2009.

CONCLUSÃO

Como visto, baseando-se no texto constitucional, principalmente nos seus princípios e no sistema acusatório adotado pela Constituição, a presente monografia visou analisar a constitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, cuja redação foi estabelecida pela Lei n. 11.690/2008. Eis o artigo:

Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Essa previsão legal permite ao juiz agir de ofício no inquérito policial, requerendo produção probatória. O poder instituído ao juiz nessa previsão legal foi analisado historicamente dentro dos sistemas processuais. Para tanto, buscou-se definir e classificar os sistemas acusatório, inquisitório e misto, apresentando suas características e sua evolução através dos tempos, visualizando-se os momentos em que foram adotados. Em decorrência disso, constatou-se que os sistemas são adotados de acordo com a evolução da sociedade.

No que toca ao sistema acusatório, cujas características são: a oralidade, a publicidade, direito ao contraditório e ampla defesa do acusado, produção probatória realizada pelas partes, consistindo o juiz em um terceiro imparcial, quanto ao procedimento, as partes possuem igualdade no processo, no concernente as provas prevalece o livre convencimento motivado do juiz, há a figura da coisa julgada e do duplo grau de jurisdição. Por fim, vale destacar que a essência de todo sistema acusatório é a separação de funções entre os órgãos da acusação, da defesa e o julgador.

Já no sistema inquisitório, a principal característica que marca o seu modelo é a função de investigar, acusar e julgar investidas na figura de uma mesma pessoa, o juiz. As demais características decorrentes dessa consistem na não publicação dos atos processuais, sendo secretos, não há oralidade no procedimento, não existe o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o acusado é mero objeto de investigação, quanto às provas, prevalece o sistema de provas tarifadas, sendo a confissão a rainha das provas, o que por sua vez gera a prisão como regra no curso do processo, “já que o inquisidor precisa dispor do corpo do herege” e, no que tange à decisão do juiz, essa não fazia coisa julgada.

Finalmente, no sistema misto prevalece como principal característica a junção dos sistemas acusatório e inquisitório, sendo que, na fase de investigação – inquérito – não existe a publicidade, não há o contraditório e os atos são escritos, consistindo no modelo inquisitivo. Quanto à segunda fase – processual – há o contraditório, a publicidade, a oralidade e, por sua vez, o acusado participa de todo o procedimento.

O sistema misto conciliou os dois objetivos dos sistemas acusatório e inquisitório, quais sejam: o compromisso com a técnica inquisitiva para uma melhor investigação e a preservação dos direitos individuais.

A seu turno, embora haja discussões entre os doutrinadores acerca de qual sistema prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição adotou em seu bojo o sistema acusatório, mas não vige no Brasil um sistema acusatório puro, visto que existem características do inquisitório, sendo a principal, o poder instrutório do juiz, ou seja, no curso do processo, o juiz pode requerer a produção probatória.

Desse modo, o poder instrutório do julgador é defendido pela maioria dos doutrinadores, os quais argumentam que, uma vez que o juiz tem participação ativa no processo, referente à busca pela prova, dá-se efetividade à igualdade material entre as partes, visto que o acusado, na maioria das vezes, é parte hipossuficiente no processo criminal.

Ressalta-se que esse poder instrutório já existia no Código de Processo Penal, sendo o seu art.156, *caput*, anterior à reforma, do qual foi objeto de estudo no capítulo 3 da presente monografia. Esses poderes ainda continuam existindo no referido artigo, só que no seu inciso II. Cabe esclarecer que a novidade trazida pela reforma processual foi o inciso I, que deu ao juiz poderes inquisitivos/investigativos.

O poder instrutório do juiz é denominado poder-dever, sendo que consiste na busca da verdade para uma decisão justa. Verdade essa que os defensores dos poderes instrutórios defendem como sendo a busca da verdade real ou material. Verificou-se que a doutrina tradicional, dividia a verdade em formal e material ou real, sendo a primeira aplicada ao processo civil e a verdade material ou real, ao processo penal.

Essa divisão era feita com base nos argumentos de que, no processo civil, se tratava de direitos disponíveis, enquanto no processo penal, cuidava-se de direitos indisponíveis (liberdade). Atualmente isso não mais prevalece, visto que, a doutrina moderna afirma que a verdade em ambos é processual, uma vez que também no processo civil cuida-se de direitos indisponíveis e o que visam ambos é uma decisão justa, com o fim na paz social, compondo-se o processo de forma publicística. Por fim, vale destacar que de qualquer forma, ambas as verdades, real ou formal, constituem-se em verdades processuais, judiciais.

Assim, a verdade real é verificada como uma verdade histórica, posto que é reconstruída pelos fatos já ocorridos, e como tal não alcança a verdade absoluta, sendo essa um mito. Portanto, a verdade real do processo penal é uma verdade relativa/ aproximativa.

Cumpre lembrar que a verdade processual se dá por meio das provas colhidas no processo, o que torna a busca por essas provas de suma importância. Daí se pretendeu, de forma equivocada, com a inserção do inciso I no art. 156, conferir ao juiz poderes que extrapolam a sua esfera de competência, realizando uma nítida usurpação de poderes, qual seja, colher a prova ainda na fase investigativa, sendo essa função constitucionalmente atribuída à polícia judiciária e ao Ministério Público. Em decorrência do sistema acusatório, o Ministério Público tem um papel fundamental, o de assumir a produção de provas, ser o titular da ação penal pública, *dominis litis*.

Destarte, o legislador ordinário, ao ampliar a esfera de atuação do juiz, incluindo o inciso I no artigo 156 do Código de Processo Penal, feriu os princípios norteadores do estado democrático de direito.

Adentrando a seara desses princípios constitucionais, surgem juristas que, em uníssono, consideram a redação do inciso I dada ao art. 156 uma verdadeira violação à Constituição Federal de 1988.

Todos os princípios constitucionais que são atacados pelo aludido inciso foram analisados, chegando-se ao entendimento de que os poderes inquisitivos (inquérito) conferidos ao magistrado ferem a essência do sistema acusatório adotado pela Constituição, ferem os direitos e garantias fundamentais, ferem toda uma conquista histórica por um ordenamento jurídico balizador das garantias da pessoa enquanto ser humano.

Em verdade, as considerações tecidas visam demonstrar que o juiz, ao agir na fase investigativa, conforme lhe outorga o inciso I do artigo 156 do CPP, afasta-se da sua posição imparcial, deixando de ser juiz para ser parte que tem o poder de dizer a verdade. Ao agir dessa forma, ele fere também o princípio da inocência (art. 5º, LVII, CF/88), visto que a transferência do ônus da prova para a acusação (art.129, I, CF/88) proíbe o juiz, que não é parte parcial na relação processual, de buscar a prova na fase preliminar ao processo.

Assim, pelo o exposto na presente monografia, depreende-se que, uma vez que o juiz determina de ofício a realização de prova antecipada, antes do início do processo, macula o princípio da inércia, já que não existe uma ação penal em curso e, portanto, não há uma provocação jurisdicional prévia.

Por fim, vale destacar que por conta da transferência do ônus da prova para a acusação é que se mantém íntegro o postulado do *nullum iudicium sine accusatione*, consistindo em uma salvaguarda da liberdade individual do cidadão.

Uma vez que o juiz invade a competência da polícia judiciária e do Ministério Público em investigar, está-se violando a garantia da separação de funções, essência do sistema acusatório, sendo que, ao atribuir as funções de investigar, acusar, defender e julgar a órgãos diversos, o que se objetivou, dentre outras coisas, foi passar a gestão da prova para as partes, que são interessadas em acusar ou se defender e, desse modo, retirar das mãos do juiz, como era no modelo inquisitório, a colheita da prova, de tal maneira que possa garantir a sua imparcialidade, para que assim exista a possibilidade de um julgamento mais justo.

No que tange à imparcialidade do juiz, ele por sua vez vê-se contaminado pelas provas que buscou na fase investigativa. A seu turno, a prova colhida nessa fase contamina sua decisão no processo. Não esquecendo que o juiz também é um ser humano antes de qualquer coisa e, como tal, tem emoções, sentimentos e valores inerentes a sua personalidade, a investigação realizada por ele fatalmente irá afetar seu psicológico ao decidir.

Assim, o magistrado se contamina, uma vez que, ao buscar a prova, começa a delinear mesmo de forma inconsciente, o que de fato busca. Com o juiz na gestão da prova, naturalmente tem-se uma vinculação dele, seja com a acusação ou com a defesa.

Ressalta-se que o juiz inquisidor já faz o seu prognóstico ao buscar a prova e então justifica sua decisão com base na prova colhida, o que não condiz com o estado democrático de direito. A aderência do inciso I ao art. 156 do CPP no ordenamento jurídico trata de sepultar definitivamente a imparcialidade do julgador. Nessa matéria, não existe investigador imparcial, seja ele juiz ou promotor.

O estado democrático de direito se viu ameaçado com tamanha interferência inquisitória, a qual viola o devido processo legal, princípio básico e norteador de todos os demais princípios constitucionais. Assim, constatada a violação desses princípios, com base nos autores estudados, na jurisprudência analisada, deve ser declarada a inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 do CPP.

O Supremo Tribunal Federal já apontou na direção da inconstitucionalidade de norma que confira ao juiz poderes investigatórios ao julgar a ADin n. 1570-2, quando declarou inconstitucional o art. 3º da Lei n. 9.034/1995, lei do crime organizado, valendo

transcrever o seguinte trecho da ementa: “Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao Devido Processo Legal”.

Na mesma linha segue o anteprojeto do Código de Processo Penal, no qual já se pode visualizar, em sua exposição de motivos, um verdadeiro repúdio ao mencionado inciso I do artigo 156, quando cuida da vedação da atividade investigativa do juiz. Trata-se da “importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, v. I, 1975.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BAPTISTA, Francisco da Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 set. 2009.

_____. Decreto-Lei n.3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 26 set. 2009.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 26 set. 2009.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 26 set. 2009.

_____. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em: 26 set. 2009.

_____. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 26 set. 2009.

_____. Senado Federal. **Reforma do Código de Processo Penal**. Comissão de Juristas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/novocpp>>. Acesso em: 26 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 100.426 - SP (2008/0035365-6). Relator: Felix Fischer. Julgado em 22 de abril de 2008. DJ, 09/6/2008, p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 1570-2. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 1º de outubro de 2009. DJ, 22/10/2004, p. 46.

_____. _____. Segunda Turma. HC n. 80948/ES. Relator: Néri da Silveira. Julgado em 07 de agosto de 2001. DJ, 19/12/2001, p. 1.

_____. _____. Segunda Turma. HC n. 91661/PE-Pernambuco. Relator: Ellen Gracie. Julgado em 10 de março de 2009. DJe-064, 03/4/2009, p. 279.

_____. _____. Súmulas ns. 705 e 707. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?serviço=jurisprudenciasumula>>. Acesso em: 26 set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA, Aurélio Albuquerque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**: Minidicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GOMES FIHO, Antônio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1999.

GRANDIS, Rodrigo de. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime? **RBCCRIM**. São Paulo: RT, n. 71, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária**. São Paulo: n. 18, v. 1, jan. a jul./2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? **Boletim Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 875, ano 97, set., 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ROCHA, Rodrigo Mariano da. Sistema acusatório na obra de Pimenta Bueno: um necessário resgate. **Boletim Ibccrim**. São Paulo: IBCCRIM, ano 15, n. 177, ago./2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de conhecimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

_____. Resquícios inquisitórios na lei 9.034/1995. **RBCCRIM**. São Paulo: RT, n. 46, 2004.

_____. O pomar e as pragas. **Ibccrim**. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, julho/2008.